

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级 \_\_\_\_\_

学号: 13620101150182

UDC \_\_\_\_\_

厦门大学

## 硕士学位论文

### 河岸权制度研究

### The Study of Riparian Rights

水锡丽

指导教师姓名: 金海统 副教授

专业名称: 环境与资源保护法学

论文提交日期: 2013 年 4 月

论文答辩时间: 2013 年 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2013 年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（        ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于        年        月        日解密，解密后适用上述授权。

（        ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年        月        日

## 内容摘要

随着社会经济的发展、人口的增长，水资源的价值日益彰显。在法律层面上，水权逐渐脱离地权而获得独立的法律地位。传统上以水权依附地权作为水权取得依据的河岸权制度面临挑战，但在制度转型中并未被彻底抛弃。可见这项古老的水权分配制度依然有其存在的合理性。反观我国当下初始水权配置中单纯依靠行政手段的模式，缺乏对河岸地权人用水权利的保障，忽视水、土之间现实存在的密切关系，造成了水事纠纷不断的局面。通过河岸权制度的研究，可为我国初始水权配置中何以需要考量河岸地权人的用水权益提供理论支撑。

本文共分为四章。第一章从大陆法渊源中探析河岸权的制度基础：水权作为使用权的性质、水权依附地权规则的产生以及河岸权的正当性基础与制度雏形。第二章分析普通法中承接大陆法中的水权产生规则，因受制于社会历史条件河岸权曲折发展，直至美国法上确立“合理使用理论”，河岸权制度最终成型。第三章考察河岸权的现状，分析河岸权亟需修正的原因，得出规制型河岸权是可行的转型选择。第四章结合我国初始水权配置中的问题与成因，对我国河岸权的留存作出应然选择。

本文运用历史分析、比较分析等方法来研究河岸权制度。以对河岸权发展脉络的梳理来全面认识水权与地权的关系，来论证在我国初始水权配置中留存河岸权的合理性。创新之处在于：在水、土资源价值凸显，资源分层、独立的背景下，在国内首次系统地研究河岸权制度。主张在运用法律拟制手段独立各项资源时应有的全局视角，不可割裂水、土之间现实的联系。

**关键词：**水资源；初始水权；河岸权

## ABSTRACT

With the development of social economy and The growth of population, The value of water resources is revealed increasingly. Water right have separated from land right gradually and become an independent right in the legal area. Basing on the principle of water right attaching to land right, riparian rights, As the traditional way to obtain water right become more difficult to apply than before. However, it is still worth noting that riparian rights have not been completely abandoned during the institutional transformation, so the existence of this old distribution system of water right is still reasonable. But in our country, the allocation of initial water right relies solely on administrative means at present. The rights for riparian landholder to use water lack protection and the existing close relationship between water and land has been ignored, which lead to numerous water disputes. The study of riparian rights may provide theoretical support for protecting the interests of riparian landholder when initial water right is allocated in China.

This article is divided into four chapters. Chapter One starts with the analysis of the institutional basis of riparian rights in Civil Law: the nature of water right being usufruct, the principle of water right attaching to land right and the legitimacy and the embryonic form of riparian rights. Chapter Two analyzes how distribution system of water right in Civil Law is absorbed by Common Law. The history of riparian rights was very tortuous because of the social and historical conditions, riparian rights finally got its place in legal system until the “reasonable use” principle established in American law. Simultaneously, the system will be introduced in details in this part. Chapter Three shows the current situation of riparian rights and the need for modification. By comparing with the appropriative rights, the thesis come to the conclusion that regulated riparian is a feasible choice. In Chapter Four, the

problems and causes of the distribution of initial water right in China is discussed to determine whether the riparian rights in China should be abandoned.

The historical analysis, the comparative analysis and other methods are used to study the riparian rights in this thesis. Combing the development context of riparian rights gives us comprehensive understanding of the relationship between water right and land right, which is the basis for demonstrating the rationality of maintaining riparian rights in China. The innovation of the thesis is that it is the first time to study riparian rights systematically in China, especially with the background of emphasizing the value of water and land resources separately. The thesis aims at avoiding separating the realistic contact between water and land with a over-all perspective when using legal fiction.

**Keywords:** Water Resource; Initial Water Right; Riparian Rights

## 目录

引 言.....	1
第一章 河岸权在大陆法系的缘起 .....	3
第一节 罗马法中河岸权的肇始 .....	4
一、河岸权客体的限定.....	4
二、河岸权的水权规则.....	5
第二节 《拿破仑法典》中河岸权雏形的构想 .....	7
一、河岸权的法哲学基础.....	8
二、河岸权配水争议的解决.....	9
三、河岸土地的界定.....	11
第二章 河岸权在普通法系中的确立 .....	13
第一节 河岸权在英国法上的曲折演进 .....	13
一、诺曼征服后水权依附地权的贯彻.....	13
二、中世纪水权依附地权的极端化.....	14
三、判例铸就水权原则的大发展.....	15
第二节 河岸权在美国法上的形成发展 .....	20
一、合理使用理论的创制.....	20
二、河岸权的权利架构.....	22
第三章 河岸权的局限与修正 .....	30
第一节 传统河岸权制度的衰微 .....	30
一、河岸权内生结构的缺陷.....	30
二、河岸权外在不公的凸显.....	33
第二节 河岸权制度的转型选择 .....	35
一、先占优先权——水土不服.....	35

二、规制型河岸权——可行选择.....	38
<b>第四章 河岸权对我国初始水权配置的启示 .....</b>	<b>42</b>
<b>第一节 我国初始水权配置的法律缺陷 .....</b>	<b>42</b>
一、行政许可模式主导下的水权取得规则.....	43
二、行政手段配置水资源的缺陷.....	44
<b>第二节 我国初始水权配置的现实乱象 .....</b>	<b>46</b>
一、农业灌溉中许可水权对河岸权的冲击.....	47
二、水利建设中河岸权与许可水权的冲突.....	47
三、河道整治中忽视河岸权的不经济选择.....	49
<b>第三节 河岸权在我国初始水权中的去留选择 .....</b>	<b>50</b>
一、留存河岸权的范围.....	50
二、留存河岸权的意义.....	52
<b>结 语.....</b>	<b>54</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>56</b>
<b>后 记.....</b>	<b>61</b>



# CONTENTS

<b>Preface.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter1 The Origin of Riparian Rights in Civil Law .....</b>	<b>3</b>
<b>Subchapter1 The Inchoation Riparian Right in Roman Law .....</b>	<b>4</b>
Section1 Restriction on the Object of Riparian Rights.....	4
Section2 The Principle of Water Right in Riparian Rights.....	5
<b>Subchapter2 The Embryonic Form of Riparian Rights in Napoleonic Code .....</b>	<b>7</b>
Section1 The Philosophical Jurisprudence of Riparian Rights.....	8
Section2 The Solution of Water Disputs in Riparian Rights .....	9
Section3 The Confirmation of Riparian Land .....	11
<b>Chapter2 The Establishment of Riparian Rights in Common Law</b> <b>.....</b>	<b>13</b>
<b>Subchapter1 The Evolution of Riparian Right in English Law .....</b>	<b>13</b>
Section1 The Continuation of Attaching Principle after Norman Conquest ....	13
Section2 The Extremeness of Attaching Principle in Middle Ages .....	14
Section3 Precedents Promoting the Growth of Water Right Principle .....	15
<b>Subchapter2 The Development of Riparian Rights in American Law .....</b>	<b>20</b>
Section1 The Creation of Reasonable Use Theory .....	20
Section2 The Structure of Riparian Rights .....	22
<b>Chapter3 The Limitation and Modification of Riparian Rights.....</b>	<b>30</b>
<b>Subchapter1 The Decadence of Traditional Riparian Rights .....</b>	<b>30</b>
Section1 Internal Structure Deficiency. of Riparian Rights .....	30
Section2 Apparent External Unfairness of Riparian Rights .....	33
<b>Subchapter1 The Transformation Option of Riparian Rights .....</b>	<b>35</b>

Section1	Appropriative Rights——Unfit Choice .....	35
Section2	Regulated Riparian——Feasible Choice .....	38
<b>Chapter4</b>	<b>The Revelation of Riparian Rights to the Distribution of Initial Water Right in China.....</b>	<b>42</b>
<b>Subchapter1</b>	<b>The Legal Defects of the Distribution of Initial Water Right in China .....</b>	<b>42</b>
Section1	The Domination of Administrative License in Water Right Distribution .....	43
Section2	The Defects of Administrative Means in Water Right Distribution	44
<b>Subchapter2</b>	<b>The Chaos of the Distribution of Initial Water Right in China...</b>	<b>46</b>
Section1	The Strike to Riparian Rights from Permitted Water Right in Agricultural Irrigation .....	47
Section2	The Conflicts between Riparian Rights and Permitted Water Right in Water Conservancy Construction .....	47
Section3	The Uneconomical Choice to Ignore Riparian Rights in River Regulation .....	49
<b>Subchapter3</b>	<b>Stay or Go of Riparian Rights in the Distribution of Initial Water Right in China .....</b>	<b>50</b>
Section1	The Range of Riparian Rights.....	50
Section2	The Significance of Riparian Rights.....	52
<b>Conclusion.....</b>		<b>54</b>
<b>Bibliography .....</b>		<b>56</b>
<b>Postscript .....</b>		<b>61</b>

## 引言

水是人类生存与发展须臾不可或缺的自然资源，和原油及其他战略资源不同的是，水几无替代品。管子曾指出，善为国者必先除水旱之灾。<sup>①</sup>管窥历史上各个王朝的兴衰更迭，无不闪现着治水成败的遗迹。可以说，自从有了人类，就有了人们之间基于水资源利用而形成的社会规则。当前全世界均极为关注怎样把有限的水资源分配给具有竞争性的用水者手中。<sup>②</sup>水权取得制度作为整个水资源法律体系构建中的重要一环，能否使水资源得到最大化利用取决于社会如何将水资源使用权赋予特定的人或组织。

然自 20 世纪 90 年代以降，我国的水权法学理论研究弥漫着浓厚的建构主义色彩。事实上，我国先民在漫长的治水过程中，也形成了颇具特色的水权取得原则，即以河岸权原则、先占原则为主，以工役负担、缴纳水粮为辅的水权取得原则。<sup>③</sup>而目前我国的初始水权分配实行以取水许可制度为核心的行政主导模式，国家对用水实行总量控制和定额管理相结合的制度。对民间已经存在的且运转良好的习惯性用水规则缺乏足够的关注和包容。<sup>④</sup>初始水权配置在法律层面的不足使得对事实用水情况缺乏应有的调整，导致实践中水事纠纷遍及农业灌溉、水利建设、河道整治等领域。在这些纠纷中，或是因行政机关自身的自利倾向所引发，或是因行政机关应对上的乏力所难解，都表明单纯依靠行政手段无法保证水资源分配的公平、无法形成对用水者的有效约束，合理的水权取得规则亟待完善。

作为水权取得规则的一种，河岸权便是以用水地与水资源的区位分布作为水权是否存在的依据，经过不断的制度试错之后构筑起来的一种配置地表水资源的法律手段。通过考察国外河岸权制度的流变与本土河岸权制度的现状，可知将河岸地权人的涉水等相关权利纳入初始水权配置体系，

<sup>①</sup> 顾浩, 主编. 中国治水史鉴[M]. 北京: 中国水利水电出版社, 1997. 5.

<sup>②</sup> [美]P. A. 沃伯斯. 美国得克萨斯州的流域水资源管理模型[J]. 马元珽译, 水利水电快报, 2004, (17): 1.

<sup>③</sup> 田东奎. 中国近代水权纠纷解决机制研究(博士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2006. 5.

<sup>④</sup> 王小军. 美国水权制度研究(第一版)[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011. 196.

作为对行政手段配置的有益补充，不仅可以对公权力形成制衡，更有助于发挥私权利的利己属性保护河流生态环境。

本文主要以地表水资源初始配置中的河岸权制度为视角，通过梳理该制度的发展脉络，运用历史分析、比较考察的方法，以资对我国初始水权配置中河岸权的定位提供有益启示，作出合理选择。行文上围绕以下问题展开探讨：1.追溯河岸权的大陆法渊源，包括水权的运作规则以及河岸权的雏形。2.河岸权在普通法系中的曲折演进，分析定型后的制度内容。3.河岸权在当下面临的挑战使得固有缺陷愈加突显，对河岸权修正的制度选择。4.分析我国初始水权配置的问题与成因，探讨河岸权制度在我国初始水权配置中的定位。

## 第一章 河岸权在大陆法系的缘起

综观所有社会的用水历史，可以发现每个社会都自有一套管理水资源的方法。此种影响依然可以在所谓的“习惯”或“当地”法律实践中可见一斑，并且还受到来自诸如圣训伊斯兰教等宗教法律的左右。<sup>①</sup>在许多发展中国家，习惯法或地方法仍在水资源分配中扮演着重要角色，尤其在农村地区更甚。需要强调的是欧洲的水法观念对世界各国正式水法的建构发展有着强烈的影响。尽管殖民的历史事实可以用来解释何以那么多国家的法律制度中能够“悦纳”欧洲水法，但却不是唯一的原因。许多国家从未被殖民势力所占领，但由于受技术条件限制，为了获得充分的水资源，早期人类不得不“逐水而居”的相似现实打破了制度借鉴上的壁垒，所谓的河岸权原则不仅仅存在于英国的普通法之中，也同样存在于其他国家和地区。

②

河岸权，指河岸土地所有人的“与水、水的利用、水道底土的所有权、自然增殖等有关的权利”，<sup>③</sup>或指沿岸土地所有人对河流或其他地表水、河岸和河床可以进行合理利用的权利。<sup>④</sup>其通过实践中的不断试错，取代了早期以优先使用为基础的水权取得规则，逐步得到了发展。早在英国法中的河岸权出现之前，这一分水理念便已见诸于大陆法系之中，诸如河岸所有人、河岸权利以及其他一系列术语，都在随后的普通法河岸权中得到体现。

⑤

---

<sup>①</sup> STEPHEN, HODGSON. Modern water rights (1) [M]. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2006. 9.

<sup>②</sup> 田东奎. 中国近代水权纠纷解决机制研究(博士学位论文) [D]. 北京: 中国政法大学, 2006. 12.

<sup>③</sup> 王曦. 美国环境法概论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1992. 73.

<sup>④</sup> 王小军. 美国水权制度研究(第一版) [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011. 29.

<sup>⑤</sup> SAMUEL C. WIEL. Origin and Comparative Development of the Law of Watercourses in the Common Law and in the Civil Law[J]. California Law Review, 1918, (4): 251.

## 第一节 罗马法中河岸权的肇始

### 一、河岸权客体的限定

水资源的法律地位，早在罗马法时期已经确立。在罗马法早期，将不可归于个人所有且不可用来交易的物品称为非财产物。其还可分为神法上的非财产物和人法上的非财产物，作为区分，后者即指与宗教目的无关的共用物、公物、团体物等。其中共用物乃共同体成员根据自然法所享有的，不宜由个人获取或实行经济管理的物品，而是放任大家共同使用，如空气、流水、海洋等。<sup>①</sup>《查士丁尼法学阶梯》中认为自然水流乃“消极共产”(negative community)的一部分，其上的所有权并没有归属给国家，直接为公民利用。只要每个人的使用没有妨害到其他人的权利，就不得禁止任何人接近或利用它们，每一个公民都负有保护这类物的职责。公物则是指河流、道路、桥梁、广场、戏院等由罗马共同体所有的、向所有人开放的物品。<sup>②</sup>不难发现，以河流为例，共用物和公物的概念存在相互混淆的情况，<sup>③</sup>这与当时国家所有权尚未完全涉足水资源领域有关。

共用物，这种自然流水的归属类型，其所秉承的自然法理念，与河岸权主张依照自然的原初安排配置水资源的规则有一定的契合。河岸权在适用对象上何以针对的是地表自然水体，可以在共用物水体类型中找到最初的制度原形。此外，共用物在分水理念上倡导平等用水，也在河岸权人共同体内部平等取用流水的规定中有所体现。把流水确认为一切人共有后，即作为一种共用物，为了保障沿岸土地所有人均衡地承受其利弊，高地的所有人要承担不改变水的自然流向的义务，低地的所有人要承担承受从高地自然流下之水的义务。<sup>④</sup>应该说，罗马法上关于自然流水共用物的划分，将他们的水法变成了一种常识和公平，事实上设置了国家权力不可轻易干涉的禁区，也为河岸地权人用水的权利、义务做了预设。

不过，无论是属于共用物的自然流水，还是位于公共土地上的河流、

<sup>①</sup> [意]彼德罗·彭梵德. 罗马法教科书(修订版)[M]. 黄风译, 北京: 中国政法大学出版社, 2005. 142.

<sup>②</sup> 肖泽晟. 社会公共财产与国家私产的分野——对我国“自然资源国有”的一种解释[J]. 浙江学刊, 2007, (6): 35.

<sup>③</sup> 黄风. 罗马私法导论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 170.

<sup>④</sup> 徐国栋. “一切人共有的物”概念的沉浮——“英特纳雄耐尔”一定会实现[J]. 法商研究, 2006, (6): 141.

湖泊、人工蓄水工程中属于公物的水，都是罗马法上的公水。因而，共用物、公物的这种划分更多地表现为一种原则性价值，因为两者都主张该水资源应为罗马公民所直接利用。对水资源的使用还要进一步根据它所流经水道的性质来界定，即公共水道或者私人水道来划分其最终归属为公水或私水，<sup>①</sup>以适用不同的水资源配置模式。

## 二、河岸权的水权规则

### （一）水权的使用权性质

以公、私水性质差异为据，以行政授权为中心和以民事权利为中心的两套不同的水资源调整模式在罗马法时期已现雏形。<sup>②</sup>后来由于“工程水利”的大量兴起，大部分天然水道的性质公有化以后，其上的水资源便也脱离了共用物的范畴转而成为公共水道中的公物。早期因水资源的所有权并不归属给国家，每一个公民都可以全体民众的名义保护这些财产的使用，这种诉讼方式被称为“民众禁令”（*interdictum populare*），其以公民共同使用公物的一般权利为基础。<sup>③</sup>不过在人口压力逐渐增大的情况下，从罗马法以令状禁止改变水的自然流向并强制泉眼的所有人对他人开放水源等规定中不难窥见当时的水资源已并不丰裕。对于公水，初期的以家用等目的自由进入、使用的规则已难以为继，必要的行政干预亟待加强。同时，在制度环境方面，随着罗马帝国的建立，人民的地位由主角变为了配角和臣民，司法制度也从共和国时期由人民做主的体系变为由帝王做主或是由帝国的行政机构做主，如设定了河岸以及地下水道保佐人，“民众禁令”这一保护方式逐渐为行政机关的公共保护所替代。<sup>④</sup>

而之前私有土地上的私有物之水，出于航行、保护水生态环境等公共利益的需要，为实现水资源的合理配置、使用，对私水的干涉愈发加强。因私水中不同主体竞争性用水难以调和，也迫使法院对用水的绝对权利进

<sup>①</sup> 裴丽萍. 论水资源法律调整模式及变迁[J]. 法学家, 2007, (2): 102.

<sup>②</sup> STEPHEN, HODGSON. Modern water rights (1) [M]. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2006. 11.

<sup>③</sup> 单平基. 水权取得及转让制度研究——以民法上水资源国家所有权之证成为基础(博士学位论文)[D]. 长春: 吉林大学, 2011. 115.

<sup>④</sup> 王洪亮. 论水上权利的基本结构——以公物制度为视角[J]. 清华法学, 2009, (4): 106.

行限制。早在共和国末期，私水上的绝对所有权就受到了限制，或者说古罗马法中的所有权从来就不是绝对的。“上穷碧落，下至黄泉”的表述乃是中世纪法的产物。优士丁尼时代就已禁止上游土地的所有权人无节制地使用水源，不得再任意干涉雨水的自然流向，必须照顾下游土地所有人的用水活动。限制河岸两边土地的所有权（应允许他人的船舶靠岸）。<sup>①</sup>古罗马学者拉贝奥在阐述低地的容忍义务时 also 说道：“如果没有支配土地的固定法律，则应当考虑自然条件，低地要为高地提供地役。低地既然承接了来自高地的土壤肥力，同样其也得忍受水流造成的不便。”<sup>②</sup>而这种限制被视为所有权概念本身的固有之意，而非所有权绝对原则的例外。

渐渐地“私水”的概念便开始失去原来的意义。帝国以及公共发展、保护体系的建立，将水资源归属于国家所有便也“水到渠成”了。在这种公有化的背景下，决定了依照河岸权所取得的水权乃是一种使用权而非所有权。

## （二）水权依附地权

至此，罗马法虽然否认了流动之水上存在私有产权的可能性。但是并不否认这种“消极共产”可得被使用，设立“使用权”或者对水资源的用益权。故在国家所有的情况下，本质上应当是一种公法上的所有权。因国家所有权在公法上并未发展出如私法上那么发达的所有权规则，是故在国家所有权的内容与制度上，也须辅助性地适用关于土地所有权的民法规定。将私水作为土地的附属物一并调整的方式留存了下来。并为后来的普通法和大陆法国家传统民法所沿袭。<sup>③</sup>例如，罗马法在对待汲水的权利时，认为该权利不是属于土地所有人，而是属于土地的。同样，如果有人往邻人的水井中投入污染物质，那么他会被提起损害之诉，因为水被视为土地的一部分。这就正如有人在水中建造了新的建筑物一样。<sup>④</sup>水权依附于地权还可从河岸地权人的义务中得以佐证。根据罗马法的规定，如果河流因自然作

<sup>①</sup> [意]S. 斯奇巴尼，朱勇主编. 罗马法、中国法与民法法典化——从古代罗马法、中华法系到现代法：历史与现实的对话[M]. 北京：中国政法大学出版社，2011. 59.

<sup>②</sup> EUGENE F. WARE. Roman Water Law[M]. ST. Paul, Minn: West Publishing CO, 1905. 46.

<sup>③</sup> 裴丽萍. 论水资源法律调整模式及变迁[J]. 法学家, 2007, (2): 104.

<sup>④</sup> 同本页注②, 第 71 页。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库